

L'«amplissima discrezionalità» della Presidenza del Consiglio dei Ministri nell'applicazione dei poteri speciali. Opportunità o ostacolo?

Stefania Santamaria

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari sulla questione. – 2. La disciplina nazionale sul controllo degli investimenti esteri diretti: il *Golden Power*. Cenni. – 3. Le attività di rilevanza strategica... solo un problema interpretativo? – 4. La discrezionalità della Presidenza del Consiglio dei Ministri nell'applicazione dei poteri speciali: da «amplissima» ad «eccessiva».

1. *Considerazioni preliminari sulla questione*

I recenti interventi normativi e le ultime pronunce giurisprudenziali in materia di controllo sugli investimenti esteri offrono lo spunto per discutere del ruolo attribuito al Governo italiano per la protezione del tessuto imprenditoriale nazionale da possibili intenti “predatori” degli investitori stranieri.

È noto, infatti, che i recenti eventi di crisi – sanitaria, economica e geopolitica-, che si sono susseguiti a partire dall'anno 2020, hanno notevolmente indebolito le imprese nazionali; ciò al punto da costringere il regolatore ad adottare diversi provvedimenti d'urgenza¹ per evitare che queste ultime potessero diventa-

¹ Il riferimento è ai seguenti provvedimenti: decreto-legge n. 23 del giorno 8 aprile 2020 (c.d. decreto «Liquidità») recante «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali». Convertito in legge n. 40 del 5 giugno 2020; decreto-legge n. 21 del 21 marzo 2022 (decreto c.d. «Ucraina») recante «Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina». Convertito in legge n. 51 del 20 maggio 2022; decreto-legge n. 50 del 17 maggio 2022 (decreto c.d. «Aiuti»): recante «Misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese e attrazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e di crisi ucraina». Convertito in legge n. 91 del 15 luglio 2022; decreto-legge n. 187 del 5 dicembre 2022 recante «Misure urgenti, tra cui l'esercizio dei golden power, a tutela dell'interesse nazionale nei settori produttivi strategici dell'energia». Convertito in legge n. 10 del 1 febbraio 2023.

re facili prede di investitori interessati esclusivamente ad acquisire una posizione di controllo nella *governance* societaria².

Tra gli interventi normativi adottati rileva, in particolar modo, l'incremento dei settori su cui la Presidenza del Consiglio dei Ministri può effettuare la propria attività di controllo. Inoltre, alla richiamata Autorità è stata attribuita un'ampia discrezionalità nel valutare se gli *assets* oggetto di investimento appartengano ad imprese rientranti nei settori "strategici"³ e se la loro acquisizione possa ledere il benessere socio-economico nazionale. È opportuno rilevare che siffatto potere discrezionale discende dalla peculiare natura degli atti governativi adottati *in subiecta materia* – i.e. atti di alta amministrazione – ed altresì consegue alla presenza, nelle disposizioni normative disciplinanti l'istituto in parola, di concetti suscettibili di «interpretazione estensiva o analogica»⁴.

In argomento, occorre rilevare che la presenza di «concetti elastici»⁵ nell'ambito di applicazione del richiamato istituto ha fatto emergere diversi contrasti tra l'interpretazione del Governo e quella di alcuni operatori economici.

Ci si riferisce, in particolare, alla recente controversia presentata dinanzi al Consiglio di Stato⁶ da parte della società Verisem Luxemburg Holding S.à. r.l. per la riforma della sentenza del TAR Lazio, n. 4486 del 13 aprile 2022. Nel caso di specie il Consiglio di Stato, con sentenza n. 289 del 9 gennaio 2023, confermava di fatto il provvedimento di veto⁷ del Governo all'acquisizione delle società italiane appartenenti al gruppo Verisem⁸ da parte di un operatore economico cinese, la Syngenta Crop Protection Ag⁹; ciò sul presupposto della correttezza dell'orientamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri in ordine alla strategicità delle

² Cfr. Comitato Parlamentare per la Sicurezza della Repubblica (COPASIR), *Relazione sulla tutela degli asset strategici nazionali nei settori bancario e assicurativo*, 2020, 27, consultabile al link parlamento18.camera.it/228.

³ Ci si riferisce a specifici settori di rilevanza nazionale individuati dalla disciplina regolatrice dell'istituto del *Golden Power*.

⁴ Il riferimento è ai concetti di essenzialità dei beni e dei rapporti di interesse nazionale e di strategicità degli *assets*. Vd. A. Sacco Ginevri, *L'espansione dei golden powers fra sovranismo e globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 1, 156.

⁵ Si legga il contributo di M. Clarich e G. Marra, *Golden Power: il Giudice conferma il potere dello Stato*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2022, 1.

⁶ Ci si riferisce al procedimento n. 5813 del 2022, consultabile su <http://www.dirittodeiservizi pubblici.it/>.

⁷ Si veda il Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri, 21 ottobre 2021, n. 3693. Avverso tale provvedimento è stato presentato ricorso dinanzi al TAR Lazio anche dalla società Syngenta Crop Protection Ag. La controversia è stata decisa con sentenza del 14 aprile 2022, n. 4488, consultabile sul sito web <https://www.dirittobancario.it/wp-content/uploads/2022/04/TAR-Lazio-13-aprile-2022-n.-4488-.pdf>.

⁸ Trattasi di un gruppo di aziende impiegate nella produzione mondiale di sementi e volto a fornire soluzioni diversificate per il mercato mondiale del seme e della coltivazione. Per un approfondimento, consultare la pagina ufficiale del gruppo.

⁹ La società Syngenta Crop Protection, di origine svizzera, è stata acquisita nel 2016 dalla società cinese ChemChina. Per consultare la notizia, si visiti il sito web dell'ansa.it.

attività svolte dalle menzionate società italiane¹⁰. Nello specifico, a fronte dell'interpretazione dell'autorità governativa per la quale l'acquisizione da parte della Syngenta di *assets* nazionali strategici, avrebbe potuto ledere beni e rapporti nazionali essenziali, si riscontra l'opposto orientamento della Verisem la quale sosteneva l'erronea qualificazione delle attività delle società *target* da parte del Governo.

Sotto altro profilo, si rileva la condivisione da parte del Consiglio di Stato dell'orientamento adottato in primo grado dal TAR Lazio nella menzionata sentenza; in quest'ultima viene specificato che le decisioni della Presidenza del Consiglio dei Ministri di esercitare o meno i poteri speciali, costituendo scelte di alta amministrazione, si connotano per una «amplissima» discrezionalità. Il Governo, dunque, è legittimato ad applicare o meno i poteri speciali, a seconda del diverso modo in cui, di volta in volta, esso qualifichi l'investimento – o l'investitore. Si è in presenza, dunque, di atti autoritativi sindacabili dal giudice amministrativo nei ristretti limiti della sussistenza di una manifesta illogicità delle decisioni assunte¹¹.

Emerge, dunque, un impianto disciplinare che, come si tenterà di dimostrare nel presente lavoro, potrebbe scoraggiare gli investitori dal destinare i propri capitali in Italia¹².

Prima di offrire qualche spunto di riflessione sul ruolo svolto dal Governo in ordine al controllo degli investimenti esteri e di valutare i risvolti che la disciplina regolatrice dell'istituto del *Golden Power* potrebbe avere sull'economia nazionale, appare opportuno analizzare la normativa *de qua* anche alla luce delle recenti modifiche e, successivamente, soffermarsi sul suo ambito di applicazione oggettivo.

2. *La disciplina nazionale sul controllo degli investimenti esteri diretti: il Golden Power. Cenni*

Il *Golden Power* è un istituto introdotto nel 2012 con il decreto legge n. 21¹³ attraverso cui il legislatore ha inteso proteggere il tessuto economico nazionale da

¹⁰ Ai sensi del decreto-legge n. 21 del 15 marzo 2012 recante «Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni». Convertito, con modificazioni, dalla legge n. 56 del 11 maggio 2022, e del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 179 del 18 dicembre 2020, recante «Regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, a norma dell'articolo 2, comma 1-ter, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21». Convertito, con modificazioni, dalla legge n. 56 del 11 maggio 2022.

¹¹ Cfr. TAR Lazio, 13 aprile 2022, n. 4486, in *Foro Amministrativo*, 2022, 4, II, 564 ss.; TAR Lazio, 14 aprile 2022, n. 4488, cit.; Cons. Stato, 9 gennaio 2023, n. 289, consultabile su <http://www.dirittodeiserviziipubblici.it/>.

¹² Cfr. D. Ielo, *Riflessioni sul sindacato del Giudice amministrativo sui cosiddetti "Golden Power"*, *Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, 2021, 4, 75.

¹³ Decreto-legge n. 21 del 15 marzo 2012.

possibili acquisizioni “predatorie” di aziende di rilevanza nazionale, da parte di investitori stranieri¹⁴; ciò al fine di tutelare l’interesse della collettività a fruire dei servizi essenziali erogati da enti strategici per l’intera economia del Paese¹⁵.

La normativa, nel corso del tempo, è stata modificata¹⁶ per consentire una maggiore protezione delle imprese nazionali, ivi incluse piccole e medie, dalle ripercussioni economiche delle diverse crisi che si sono susseguite a partire dal 2020¹⁷.

In particolare, il campo di applicazione oggettivo dell’istituto del *Golden Power* risulta essere, ad oggi, notevolmente ampliato rispetto all’impostazione originaria. Le recenti estensioni hanno riguardano il campo dell’energia, all’interno del quale sono stati inclusi i settori della geotermia, dell’idroelettrico e degli idrocarburi. Questi sono stati aggiunti alle società che operano per la difesa e per la sicurezza nazionale, a quelle attive nel campo dei trasporti e delle comunicazioni, alle imprese ad alta intensità tecnologica, alle infrastrutture critiche, alle tecnologie critiche e ai prodotti a duplice uso, alle imprese operanti per la sicurezza dell’approvvigionamento di fattori produttivi critici; ed ancora, rientrano nel

¹⁴ L’istituto del *Golden Power* ha sostituito il *Golden Share* che era stato oggetto di diverse censure da parte della Corte di Giustizia europea per la violazione degli artt. 43 e 56 CE. Il *Golden Share* conferiva al Governo il potere di intervenire nella gestione ordinaria delle società mediante l’acquisizione di un pacchetto azionario; diversamente, con il *Golden Power* tale ingerenza è limitata esclusivamente agli atti, alle delibere o alle operazioni in grado di incidere sulla *governance* o sulla localizzazione dei centri decisionali e produttivi di settori eroganti servizi essenziali. Cfr. sul punto A. Ilacqua, *L’ascesa dei golden powers. Dallo Stato imprenditore allo Stato protettore*, in *Il diritto dell’economia*, 2023, 1, 434; A. Sacco Ginevri, F.M. Sbarbaro, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 1, 109. Per un approfondimento sull’istituto del *Golden Share*, C.A. Giusti, *La golden share nelle società a partecipazione pubblica*, in www.comparazioneDirittocivile.it, 2017, 1; P. G. Visconti, *Affinità e interferenze tra poteri speciali e diritto societario*, in *Il diritto dell’economia*, 2023, 2, 188.

¹⁵ Cfr. A. Sacco Ginevri, F.M. Sbarbaro, *La transizione...*, cit., 109 ss.; A. Sacco Ginevri, *I “golden powers” dello Stato nei settori strategici dell’economia*, in federalismi.it, 2016, 22, 3; Id., *L’espansione dei golden...*, cit., 156; A. Sandulli, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Diritto pubblico*, 2020, 2, 416.

¹⁶ Rileva in argomento il recepimento del Regolamento UE n. 452 del 2019 con il quale il legislatore europeo ha istituito un quadro normativo comune a tutti i Paesi UE per affrontare in maniera sistemica i rischi per la sicurezza o per l’ordine pubblico. Tuttavia, il regolatore europeo ha consentito ai singoli Stati Membri di poter disciplinare il controllo sugli investimenti esteri in maniera differente, al fine di far fronte alle specifiche esigenze nazionali. Ne è derivato che nelle varie esperienze legislative europee, a fronte di alcuni elementi in comune, quali l’ambito di applicazione oggettivo, si riscontra una forte disomogeneità in ordine sia ai presupposti in presenza dei quali un investimento estero debba essere sottoposto al controllo amministrativo, sia relativamente ad alcuni aspetti procedurali. In argomento rileva, inoltre, che non tutti i Paesi Europei dispongono di una normativa in *subiecta materia*, come il Lussemburgo ed il Belgio. Per un approfondimento della disciplina nei principali Paesi europei, quali la Francia, la Germania e la Spagna, si consultino, rispettivamente il *Code monétaire et financier, Partie législative, Livre Ier, Titre V “les relations financières avec l’étranger”*, l’*Außenwirtschaftsgesetze* e l’*Außenwirtschaftsverordnung* ed infine la *Ley 19/2003*. Si cfr. altresì la *List of screening mechanism notified by Member State* della Commissione Europea. In letteratura si rimanda, *ex multis*, a B. Raganelli e F. Marconi, *Emergenza, crisi economica e golden power in Europa*, in *Concorrenza e Mercato*, 2020, 27, 2; D. Ielo, *Riflessioni sul sindacato...*, cit., 75; M. Clarich e G. Marra, *Golden Power: il Giudice...*, cit., 1. Sui rapporti tra diritto interno ed europeo, in tema di poteri speciali, F. Gaspari, *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova golden share tra diritto interno comunitario e comparato*, Torino, 2015.

¹⁷ Si rinvia alla nota 1.

menzionato campo di applicazione le società operanti nel settore delle informazioni sensibili, della libertà e del pluralismo dei media ed infine nei servizi di comunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G, basati sulla tecnologia *cloud*.

È appena il caso di sottolineare che, nei menzionati settori, i beni e i rapporti di interesse nazionale da sottoporre al controllo governativo sono specificati in appositi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Relativamente al campo di applicazione soggettivo, si rileva che, oltre agli investitori extra unionali, ad oggi l'obbligo di notifica al Governo delle operazioni di acquisizione delle aziende nazionali strategiche incombe anche su soggetti europei¹⁸. Questi ultimi, in particolare, dovranno adempiere al richiamato obbligo qualora l'investimento abbia ad oggetto beni o rapporti nei settori delle comunicazioni, dell'energia, dei trasporti, della salute, agroalimentare e finanziario, ivi incluso creditizio ed assicurativo.

Con riguardo al sistema di vigilanza, la normativa prevede che l'acquirente di partecipazioni nelle società strategiche, nonché l'impresa detentrici di *assets* essenziali, trasmettano una *tantum*, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, un'informativa dettagliata¹⁹ sull'investimento nonché in merito alle delibere, agli atti e alle operazioni adottati dalla richiamata società, che abbiano per effetto la modifica della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi o la delocalizzazione dei centri decisionali o produttivi delle stesse; ciò al fine di verificare se l'operazione commerciale o l'investitore possano rappresentare una minaccia per gli interessi essenziali dello Stato. Nel settore delle reti di telecomunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G, basate sulla tecnologia *cloud*, si prevede una vigilanza continuativa consistente nella notifica annuale di una informativa sulle prospettive di sviluppo della rete 5G o sugli ulteriori sistemi o attivi strategici²⁰.

Dal momento della ricezione della documentazione, il Governo dispone di un determinato periodo di tempo²¹ per poter esprimere un giudizio²² sull'inve-

¹⁸ Si veda il decreto-legge n. 21 del 21 marzo 2022.

¹⁹ La notifica deve essere adempiuta entro 10 giorni dal perfezionamento dell'operazione oppure prima del *closing*, in seguito alla sottoscrizione di un accordo di acquisto vincolante tra le parti, che come tale contiene già tutte le informazioni rilevanti ai fini del relativo vaglio di merito. Cfr. art. 2, comma 5, decreto-legge n. 21 del 15 marzo 2012.

²⁰ Cfr. il decreto-legge n. 21 del 21 marzo 2022. In letteratura, si consulti M. Clarich, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in G. Napolitano (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019, 119; A. Ilacqua, *L'ascesa dei golden...*, cit., 444.

²¹ Il termine è di trenta giorni per le reti di telecomunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G. In tutti gli altri casi è di quarantacinque giorni. I termini si estendono a seguito della richiesta di integrazione documentale.

²² È in facoltà della richiamata autorità anche non esprimere alcun giudizio; in tale ipotesi, si applicherà la regola del silenzio-assenso. Il giudizio verrà espresso nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, sull'adeguatezza dell'investimento, considerando diversi aspetti, tra cui la sostenibilità economica, finanziaria, tecnica ed organizzativa del progetto industriale, nonché le caratteristiche soggettive dell'investitore in merito a

stimento ed autorizzare, vietare o imporre condizioni all'investitore sulla modifica dell'operazione commerciale²³. È, inoltre, in facoltà della richiamata autorità richiedere una integrazione documentale²⁴ per il tramite del Gruppo di coordinamento interministeriale.

Sotto il profilo dell'attività ispettiva è stata introdotta la possibilità per il Governo, qualora lo ritenga opportuno o nei casi di violazione degli obblighi di comunicazione, di avviare il procedimento di controllo d'ufficio²⁵.

Dall'analisi del quadro normativo in vigore emerge che la volontà del legislatore di tutelare gli interessi nazionali si stia spingendo nella direzione di un controllo generalizzato del Governo sul cambiamento degli assetti proprietari ad un'ampia categoria di settori economici²⁶.

3. *Le attività di rilevanza strategica... solo un problema interpretativo?*

Nelle vicende processuali a cui si è fatto cenno²⁷ emergono le diverse posizioni assunte dalle parti in causa rispetto alla qualificazione delle attività svolte dalle società italiane appartenenti al gruppo Verisem.

possibili legami tra quest'ultimo e Paesi terzi che non riconoscono i principi di democrazia o dello Stato di diritto. Si veda l'art. 1, comma 3, del decreto-legge n. 21 del 15 marzo 2012. Sul punto, L. Vasques, *Golden Power. Alcune note a margine della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia*, in *Merc. conc. reg.*, 2020, 1, 128. È il caso di rilevare, in argomento, che ai sensi dell'art. 13 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 133 del 1 agosto 2022 recante «Regolamento recante disciplina delle attività di coordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali di cui al decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, e successive modificazioni ed integrazioni, della prenotazione e misure di semplificazione dei procedimenti», si è disposto il divieto di accesso agli atti amministrativi adottati in materia di *Golden Power*.

²³ Cfr. R. Garofali, *Golden Power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, 2019,13; R. Spagnolo Vigorita, *Golden power: per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell'economia*, in *Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, 2021, 4, 121; V. Cerulli Irelli, *Sugli atti di alta amministrazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 1377; A. Militerni, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2023, 1, 421. In giurisprudenza, consultare TAR Lazio, 13 aprile 2022, n. 4486, cit.; TAR Lazio, 14 aprile 2022, n. 4488, cit.

²⁴ In tale ipotesi, la richiesta sospende, per una sola volta, fino al ricevimento delle dette informazioni, il termine indicato in nota 19. Le informazioni devono essere fornite entro 10 giorni per l'ente notificante ed entro 20 giorni per i soggetti terzi. Cfr. L. Di Via e P. Leone, *Controllo degli investimenti stranieri e antitrust. Un matrimonio che s'ha da fare*, in *Merc. conc. reg.*, 2020, 1, 112.

²⁵ Si veda l'art. 16 del decreto-legge n. 23 del giorno 8 aprile 2020.

²⁶ Cfr. A. Sacco Ginevri, *L'espansione dei golden ...*, cit., 156. Secondo l'A., «...emerge la finalità di consentire un'ingerenza governativa in tutte le situazioni in cui sia posto in pericolo il funzionamento di attività economiche ritenute strategiche, prescindendo dalla natura del soggetto che ne è titolare»; D.U. Santosuosso, *Uno strumento legittimo di politica economica da maneggiare con cura*, in *ILSole24Ore*, 2022, 5 maggio, consultabile sulla pagina web del quotidiano.

²⁷ Cfr. Cons. Stato, 9 gennaio 2023, n. 289, cit.; TAR Lazio, 13 aprile 2022, n. 4486, cit.; TAR Lazio, 14 aprile 2022, n. 4488, cit.

In particolare, parte ricorrente, interpretando in maniera “restrittiva” la definizione di «attività di rilevanza strategica» presente nella normativa del *Golden Power*, sosteneva che l’acquisizione delle società *target* non integrasse i presupposti formali richiesti dalla menzionata disciplina²⁸; diversa, invece, è stata la posizione del Governo il quale, con una interpretazione “estensiva” della richiamata nozione, riteneva legittimo il provvedimento di veto²⁹.

Emergono, dunque, divergenze interpretative in ordine alla definizione di “strategicità” delle attività di interesse nazionale. A ben vedere, la circostanza che diversi soggetti abbiano potuto interpretare in maniera dissimile lo stesso concetto e prospettare scenari differenti, dipende, come già detto, dall’assenza di una normativa univoca³⁰ e di una elencazione puntuale dei beni e dei rapporti di interesse nazionale su cui il Governo possa esercitare la propria attività di vigilanza e di imposizione dei poteri speciali. Infatti, nonostante siano stati emanati diversi decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri atti a delimitare i richiamati beni e rapporti, si riscontra, in determinati casi, una tendenziale genericità nelle definizioni. Esemplificativo è l’art. 2 del decreto n. 179 del 18 dicembre 2020, ove vengono definiti alla stessa stregua le «infrastrutture critiche», le «tecnologie critiche», i «fattori produttivi critici», le «informazioni critiche» e le «attività economiche di rilevanza strategica»; tutti, infatti, sono genericamente qualificati “essenziali” «per il mantenimento delle funzioni vitali della società, della salute, della sicurezza, del benessere economico e sociale della popolazione, nonché per il progresso tecnologico». A ben vedere, il compito di stabilire con “precisione” quali siano i beni e i rapporti da qualificare come “strategici” viene demandato al Governo il quale effettua una valutazione *caso per caso* sulla strategicità degli *assets* oggetto di investimento e sull’eventuale “pericolosità” dell’investitore rispetto al benessere socio-economico del Paese. Donde, come hanno sostenuto i giudici del Consiglio di Stato nella sentenza n. 289 del 2023, «una stessa operazione può essere strategica o meno in funzione anche [...] dei soggetti coinvolti, non solo dei caratteri dell’*asset* e della società *target*»³¹.

Ciò considerato, risulta chiara la scelta di politica legislativa di riconoscere al Governo un significativo margine di discrezionalità *in subiecta materia*; in tal modo, infatti, lo Stato può esercitare un controllo “pervasivo” sulle principali società nazionali. È, tuttavia, evidente che una simile impostazione non consente

²⁸ Ci si riferisce all’art. 2 lett. e) del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 179 del 18 dicembre 2020.

²⁹ Il Governo, infatti, faceva rientrare le attività del gruppo Verisem, nelle fattispecie individuate negli artt. 6, 9 e 11 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 179 del 18 dicembre 2020.

³⁰ Cfr. A. Sacco Ginevri, *L’espansione dei golden...*, cit., 156.

³¹ Cfr. Cons. Stato, 9 gennaio 2023, n. 289, cit.

agli investitori di valutare, sul piano delle concretezze, se l'operazione commerciale sarà autorizzata o vietata dall'autorità governativa.

4. *La discrezionalità della Presidenza del Consiglio dei Ministri nell'applicazione dei poteri speciali: da amplissima ad eccessiva*

Le considerazioni svolte nel presente contributo consentono di riflettere in chiave critica sull'esercizio dei poteri speciali da parte del Governo nell'ambito della disciplina del *Golden Power*.

Preliminarmente, è opportuno rilevare che i provvedimenti governativi adottati *in subiecta materia* si configurano quali atti di alta amministrazione attraverso cui il Governo persegue finalità di matrice politica attraverso l'apparato amministrativo. Secondo la letteratura amministrativa³², tali atti rappresentano il *tertium genus* tra quelli politici ed amministrativi, condividendo con i primi la natura discrezionale e con i secondi la soggezione al principio di legalità e la vincolatività del fine.

Tale premessa consente di determinare il tipo di sindacato giurisdizionale sugli atti in parola³³; nei confronti di questi ultimi, infatti, diversamente da quanto accade per quelli *stricto sensu* amministrativi, la magistratura è legittimata esclusivamente alla verifica della sussistenza dei presupposti formali e procedurali, all'analisi della logicità e della ragionevolezza della motivazione rispetto al provvedimento adottato ed infine alla verifica della congruità dell'atto rispetto al fine legislativamente prestabilito. Invero, risulta essere preclusa alla giustizia amministrativa ogni valutazione *di merito* sul provvedimento adottato dal Governo in materia di *Golden Power*; ciò sul presupposto che i giudici non possono ave-

³² Per un approfondimento, si veda *ex multis* V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, in *Diritto pubblico*, 2009, 1, 121 ss.; I. Castellucci, *Geodiritto. Il diritto come dimensione della geopolitica e del conflitto*, in *Gnosis. Rivista italiana di intelligence*, 2020, 2, 22; N.M. D'Alessandro, *Riflessioni in tema di sindacabilità dell'atto politico*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2020, 4, 1091 ss.; G. Tropea, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Diritto Amministrativo*, 2012, 3, 375 ss.; G.B. Garrone, voce *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, I, 1987, 548; M.P. Genesin, *L'alta amministrazione fra indirizzo politico e attività amministrativa*, Napoli, 2009; C. Tubertini, voce *Atti politici e di alta amministrazione*, in S. Cassese (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, 516 ss.; G. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973, 97 ss.; G. Pepe, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *federalismi.it*, 2017, 22, 3 ss.; A. De Valles, *Sulla teoria degli atti politici*, in *Annali Macerata*, 1929, 1 ss.; G. Crepaldi, *La motivazione degli atti di alta amministrazione*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2003, 12, 3688 ss.; L. Coen, *Atti di alta amministrazione*, in *Studium iuris*, 1999, 6, 702; F. Piga, *Attività di alta amministrazione e controllo giurisdizionale*, in *Il Foro amministrativo*, 1981, 5, 1, 849 ss.

³³ Cfr. D. Ielo, *Riflessioni sul sindacato...*, cit., 62; L. Belviso, *Golden power. Profili di diritto amministrativo*, Torino, 2023, 170 ss.; F. Piga, *Attività di alta...*, cit., 849 ss.

re accesso alle medesime informazioni³⁴ utilizzate dal Governo in quanto queste ultime, essendo attinenti alla sicurezza dello Stato, risultano essere coperte da un particolare regime di secretazione. Orientano in tal senso i giudici del Consiglio di Stato i quali, nella sentenza n. 289 del 2023, evidenziano che «l'ampiezza, la delicatezza e la politicità sostanziale delle valutazioni di cui è investito il Consiglio [ndr Consiglio dei Ministri] non si prestano alla discussione “pari a pari” con i soggetti interessati (anche per i profili di riservatezza connessi alle ragioni sottese alla deliberazione consiliare)»³⁵.

In argomento, infatti, nelle pronunce del Consiglio di Stato n. 289 del 2023 e del TAR Lazio nn. 4486 e 4488 del 2022 viene ribadito che la sindacabilità degli atti in questione può essere esercitata «nei ristretti limiti della sussistenza di una manifesta illogicità».

Sotto altro profilo, si riscontra la possibilità che il Governo eserciti i poteri speciali anche sulle acquisizioni aventi ad oggetto beni e rapporti non espressamente individuati dalla normativa³⁶. Sul punto, rileva la presenza di un impianto disciplinare «ampio, elastico, flessibile ed inclusivo»³⁷ nel quale si ravvisano talune disposizioni contenenti “parole gravide di significati ed inferenze”³⁸. Ci si riferisce in particolare, come già anticipato nel presente lavoro, ai concetti di interesse nazionale, di strategicità e di essenzialità che il Governo è chiamato ad interpretare ed altresì a valutarne l'applicabilità agli *asset* oggetto di investimento. In altri termini, è onere della Presidenza del Consiglio dei Ministri determinare se una specifica acquisizione possa interessare beni e servizi essenziali, di interesse nazionale

³⁴ Cfr. art. 13 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 133 del 1 agosto 2022 attraverso cui si fa divieto di accedere agli atti amministrativi adottati ai sensi della disciplina in commento, proprio per la riservatezza delle informazioni attinenti alla sicurezza dello Stato.

³⁵ Il Governo, sulla base delle informazioni riservate in possesso effettua «un'ampia valutazione prospettica di scenario, tesa da un lato a preservare il Paese da possibili fattori di rischio prospetticamente rilevanti, dall'altro e contestualmente ad arginare iniziative di Paesi terzi potenzialmente pericolosi o per i quali, comunque sia ritenuto opportuno un ingaggio geopolitico particolarmente prudente». Cfr. Cons. Stato, 9 gennaio 2023, n. 289, cit... Per un approfondimento, cfr. R. Spagnolo Vigorita, *Golden power: per un nuovo ...* cit., 121; A. Sandulli, *La febbre del Golden Power*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2022, 3, 759; V. Cerulli Irelli, *Sugli atti ...*, cit., 1383. In giurisprudenza, consultare TAR Lazio, 13 aprile 2022, n. 4486, cit.; TAR Lazio, 14 aprile 2022, n. 4488, cit.; Cons. Stato, 9 gennaio 2023, n. 289, cit.

³⁶ G. Consoli, G. Napolitano, *Attivi ma non critici: perché il golden power non può applicarsi agli Npl*, in *ILSole24Ore*, 8 giugno 2020; S. De Nitto, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Diritto Amministrativo*, 2022, 554; L.R. Perfetti, *Investitori spiazzati da norme generiche e sanzioni pesanti*, in *ILSole24Ore*, 20 febbraio 2023.

³⁷ Secondo il più recente orientamento del Cons. Stato, 9 gennaio 2023, n. 289, cit., soltanto con un impianto disciplinare «ampio, elastico, flessibile ed inclusivo», il Governo è in grado di tutelare in maniera efficace l'interesse nazionale, nelle specifiche macroaree economiche previste dalla normativa. *Contra* TAR Lazio, 24 luglio 2020, n. 8742, e TAR Piemonte, 13 luglio 2021, n. 727, entrambi consultabili su giustizia-amministrativa.it Nelle citate pronunce, i giudici hanno ritenuto illegittima l'estensione in via provvedimentale dei poteri governativi oltre l'elencazione dei beni e dei rapporti preventivamente individuati dalla normativa.

³⁸ Si consenta l'uso di tale espressione, sebbene utilizzato in altri contesti, di G. Alpa, *La solidarietà. Un principio normativo*, Bologna, 2022, 117.

o strategici. Per tale via la richiamata Autorità è legittimata dal regolatore ad esercitare, a proprio insindacabile giudizio³⁹, i poteri speciali su qualsivoglia investimento ritenga possa ledere gli interessi economici nazionali. Cionondimeno, tale circostanza è oggetto di diverse critiche, a nostro avviso condivisibili, da parte della letteratura⁴⁰ che ha evidenziato come lo Stato si sia nuovamente arrogato il potere di intervenire in maniera significativa nell'economia del Paese⁴¹.

A ben vedere, si è in presenza di un atteggiamento «piuttosto deferente nei confronti del decisore governativo» da parte del regolare che potrebbe avere come conseguenza uno «sconfinamento nell'arbitrio e [...] una espansione provvedimentoale dagli incerti confini»⁴². Si teme, dunque, che il *Golden Power*, per tutti i motivi su esposti, potrebbe avere l'effetto opposto rispetto a quello desiderato – *i.e.* la protezione delle imprese strategiche – e, dunque, ingenerare una distorsione dell'economia nazionale⁴³. Ci si riferisce alla eventualità che gli operatori economici stranieri scelgano di non investire i propri capitali in Italia, a causa dell'incertezza di questi ultimi in ordine alla possibile assoggettabilità dell'investimento ai poteri governativi. Invero, l'assenza di specifici riferimenti normativi e la discrezionalità governativa nell'imposizione dei poteri speciali pongono gli investitori in uno stato di incertezza, tale da indurre loro ad investire i propri capitali in Paesi nei quali, diversamente, sono in grado di conoscere, *a priori*, i tempi e gli esiti dell'investimento⁴⁴.

³⁹ Vd. R. Garofoli, *Il controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *Foreign Direct Investment Screening*, a cura di G. Napolitano, Bologna, 2019, 102; A. Paccione, *Il Golden Power e il principio di legalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 5, 658. L'A. sostiene che «In questo modo i beni e i rapporti strategici divengono fattispecie aperte, o per usare un termine utilizzato, un concetto giuridico indeterminato».

⁴⁰ G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello stato doganiere*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, n. 5, 550.

⁴¹ È d'uopo riscontrare come la "rinnovata" ingerenza statale sia stata autorizzata dall'Unione europea al fine di far fronte alle negative ripercussioni economiche conseguenziali ai recenti avvenimenti pandemici e bellici. La Commissione Europea ha consentito che gli Stati membri facessero ricorso a forme di intervento statali senza precedenti. Si consideri, tra tutti, la deroga temporanea alla disciplina sugli aiuti di Stato.

⁴² Cfr. M. Clarich e G. Marra, *Golden Power: il Giudice...*, cit., 1. Per A. Paccione, *Il Golden Power...* cit., 659, «un atteggiamento di eccessivo *laissez faire* in punto di presidi di garanzia della prevedibilità dell'azione amministrativa espone al rischio di una fuga dell'esercizio dei poteri autoritativi dalla cornice dei principi costituzionali e euro unitari che regolano l'attività amministrativa».

⁴³ Si legga altresì il contributo di A. Serravalle e C. Stagnaro, *I costi per il paese di un Golden power illimitato*, pubblicato su *IlFoglio* il 10 aprile 2021 ove si legge «[...] poteri troppo vasti e indefiniti rischiano di danneggiare proprio le aziende che si vuole tutelare». Vd. altresì Cfr. A. Ilacqua, *L'ascesa dei golden...*, cit., 450. Secondo l'A. «[...] porre eccessivi ostacoli agli investimenti esteri diretti è potenzialmente produttivo di nocimento economico, dal momento che l'intervento pubblico potrebbe deprimere il tessuto economico e finanziario del Paese [...]».

⁴⁴ Cfr. L. R. Perfetti, *Investitori spiazzati...*, cit., 20 febbraio 2023.

Si paventa, dunque, il rischio che una eccessiva ingerenza statale possa costituire un chiaro fattore disincentivante per gli investitori stranieri, a tal punto da causare una perdita di competitività del sistema produttivo italiano⁴⁵.

Alla luce delle preoccupazioni emerse, fermo restando la necessità di continuare ad assicurare elevati livelli di protezione della sicurezza nazionale, si ritiene opportuno un intervento del legislatore finalizzato ad un migliore bilanciamento tra le contrapposte esigenze di controllo e di mercato. Tale obiettivo potrà essere perseguito soltanto a seguito di un confronto tra gli attori economici con le autorità di vigilanza affinché si assicurino interazioni efficienti che contemperino i diversi interessi. Sarà, inoltre, necessario, in un'ottica *de iure condendo*, definire più dettagliatamente le operazioni e gli attivi strategici su cui esercitare i poteri speciali, perimetrando in tal modo la discrezionalità governativa in materia affinché essa da «amplissima» non diventi “eccessiva”.

⁴⁵ Si consulti V. Donativi, *I Golden power nel “d.l. Liquidità”*, in *Crisi d'impresa e Insolvenza*, 2020, 2; A. Sacco Ginevri, *L'espansione dei golden...*, cit., 154; D. Gallo, *Sovranità (europea?) e controllo degli investimenti esteri*, in *I Post di AISDUE*, 2022, 10, 199, consultabile su aisdue.eu; D. Ielo, *Riflessioni sul sindacato...*, cit., 76.

Stefania Santamaria - Abstract

L'«amplissima discrezionalità» della Presidenza del Consiglio dei Ministri nell'applicazione dei poteri speciali. Opportunità o ostacolo?

Il contributo si propone di verificare il ruolo svolto dal Governo italiano nell'ambito della disciplina sul *Golden Power*. L'attuale impianto normativo in materia e i recenti orientamenti giurisprudenziali attribuiscono alla richiamata autorità un potere notevolmente ampio, in grado di incidere in maniera significativa sull'intera economia nazionale. Sebbene si riconosca lo sforzo del legislatore di aver predisposto uno strumento normativo in grado di tutelare le imprese nazionale eroganti beni e servizi essenziali, la presenza di un potere insindacabile ed apparentemente esercitabile su una qualsivoglia operazione commerciale potrebbe condizionare gli investitori stranieri e, pertanto, avere effetti distorsivi per l'economia nazionale.

The very wide discretion of the Prime Minister's Office in the application of special powers. Opportunity or obstacle?

The purpose of this article is to verify the role played by the Italian government in the Golden Power discipline. The current regulatory framework on the matter and recent case law attribute to the aforementioned authority a considerably broad power, capable of having a significant impact on the entire national economy. Although one acknowledges the legislature's effort to have prepared a regulatory instrument capable of protecting national companies providing essential goods and services, the presence of an unquestionable and apparently exercisable power over any commercial transaction could condition foreign investors and, therefore, have distorting effects on the national economy.